Sabini

Il Divorzio

Avv. GIOVANNI SABINI

IL DIVORZIO

NEI RAPPORTI

DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

ROMA
TIPOGRAFIA ELZEVIRIANA
di Adelaide ved. Pateras

1897

10/27/38

PREFAZIONE

Un libro, un opuscolo qualsiasi non può sottrarsi all' obbligo di esser preceduto dalla sua brava prefazione. Il pubblico sarebbe scandalizzato se una pubblicazione mancasse di questa interessante appendice, che, per lo più, ognuno si guarda dal leggere.

In ogni modo se una volta le prefazioni servivano a domandar venia del disturbo al lettore benevolo, ora servono talvolta a fare delle dichiarazioni di fede, od a spiegare lo scopo della pubblicazione.

Io non vedo la necessità di dichiarazioni, nè di spiegazioni di sorta; la presente pubblicazione è uscita senza rumori, perchè non può pretendere di farne, e senza infastidir nessuno con dediche e richieste di prefazioni a professori o ad uomini politici, perchè l'autore è altrettanto geloso della altrui, quanto della propria tranquillità.

In questa modesta monografia vi potranno essere delle idee inesatte e dei giudizi erronei, ma certamente essa è frutto di studi coscienziosi ed assidui sui sommi principî del diritto pubblico e sulle opere di eminenti scrittori italiani e stranieri, e però spero nella benevola accoglienza da parte dei cultori di siffatti studi ai quali intendo dedicare questo tenue lavoro.

Roma, aprile 1897.

GIOVANNI SABINI.

SOMMARIO

I. — Del matrimonio.

Necessità di definire i caratteri di questo ististuto. - Sua natura. - Definizione del Filomusi-Guelfi. - Definizione d'Ulpiano . . *Pag.* 7

II. — Della legge che deve regolare il matrimonio degli stranieri.

Gli stranieri nella legislazione romana. - Gli stranieri nella legislazione italiana. - Sistema della legge territoriale. - Sistema della legge nazionale. - Teoria del Fiore. - La personalità del diritto al tempo delle invasioni barbariche. - Teoria degli statuti. - Si accetta il principio del codice civile italiano. - Nostra opinione . . . . » 11

III. — Del divorzio e della legge che deve regolarlo.

Divieto del diritto canonico. - Antichità del divorzio. - Il divorzio bandito dall'influenza del diritto canonico rivive colla Riforma. - Legge che deve regolarlo. - Opinione del Merlin, dello Schäffner e del Dudley-Field - Opinione del Rocco. - Opinione del Fiore. - Critica dell'opinione del Merlin. - Nostra opininione » 19

IV. — Effetti del cambiamento di domicilio sulla legge che deve regolare il divorzio.

Difficoltà della nostra teoria. - Casi che si propongono per la risoluzione. - Primo caso: il Westlake e la giurisprudenza inglese. - Giurisprudenza scozzese. - Giurisprudenza e legislazioni vigenti negli Stati Uniti. - Opinione dello Schäffner. - Classificazione delle leggi. - Nostra opinione. - L' art. 12 delle Disposizioni generali del nostro codice civile. - L'art. 6 del codice francese. - Opinione del Fiore. - Opinione del Calvo. - Caso delle differenze delle varie legislazioni riguardo ai motivi di divorzio. - Opinione dello Schäffner. - Opinione del Fiore. - Il *Regolamento dei Conflitti*. - Sua critica. - Nostra opinione. . » 25

V. — **Se il divorzio offenda il buon costume ed il sentimento morale in Italia.**

Opinione del Fiore. - Il matrimonio interessa il diritto pubblico ed il privato. - Il divorzio presso di noi è contrario al buon costume ed al sentimento morale. - Esperimento del divorzio nel Napoletano e nel Lombardo-Veneto. - Il divorzio, il Parlamento ed il Governo italiano. - Il progetto Villa e la petizione alla Camera. - Il divorzio e la Chiesa cattolica. - Il sentimento religioso è parte del senso morale. - Nostra opinione. - Opinione del Gabba e del Pisanelli. - Una sentenza della Corte d'appello d'Ancona. - Opinione del Filomusi . . *Pag.* 33

VI. — **Effetti del cambiamento di nazionalità sulla legge che deve regolare il divorzio.**

Cambiamento della legge nazionale. - Opinione del Laurent. - Opinione del Fiore. - Opinione del Brocher. - Loro critica. - Opinione del Calvo. - Nostra opinione. - Una sentenza del Tribunale della Senna. - Caso del cambiamento territoriale. - Nostra opinione. - Una sentenza della Corte d'appello di Parigi . . . . » 37

VII. — **Il matrimonio degli stranieri divorziati e la legislazione italiana.**

Conseguenze dirette del divorzio. - Opinione del Demangeat. - Opinione del Brocher. - Loro critica e nostra opinione. - Opinione del Calvo. - Opinione del Westlake. - L'art. 102 del nostro codice. - Gli art. 55, 58, 59. - Opinione del Filomusi. - Due sentenze della Cassazione francese . . . . . » 43

VIII. — **Conclusione.**

Scopo della pubblicazione. - Progressi del diritto internazionale nella seconda metà del secolo. - S'invoca la codificazione internazionale del diritto delle genti . . . . » 49

I.

Del Matrimonio.

NELL' IMPRENDERE a parlare del divorzio nei rapporti di diritto internazionale privato, bisogna accettare come presupposto necessario l'istituto sociale del matrimonio, istituto accettato e regolato con varie forme e più varie disposizioni nelle legislazioni, nelle religioni e nelle costumanze dei popoli della terra.

Nondimeno, essendo divisi ed opposti a tal riguardo i pareri della scienza, secondo i molteplici aspetti donde il matrimonio viene considerato, non sarà perfettamente inutile ricercare la natura e stabilire brevemente i caratteri speciali di questo istituto.

Vi è chi lo considera come un istituto religioso, in cui la potestà civile non dovrebbe avere alcuna ingerenza, vi è chi, riguardandolo dal suo lato meramente civile, lo proclama solennemente un contratto di società, e chi, peggio ancora, non vi vorrebbe vedere altro legame che quello dell' amore o del capriccio di due individui, ed altri infine si limita a riguardarlo come un semplice mezzo di propagazione della specie.

Per noi il matrimonio non è che l'armonica fusione di diversi elementi, il complesso di più contenuti sapientemente collegati dal tempo ed organizzati man mano dalla civiltà.

Il Filomusi-Guelfi (1) così sintetizzò i molteplici aspetti sotto i quali ci apparisce questo grandioso organismo:

« Il matrimonio è la piena ed intima unione dell'uomo e della donna. Come tale è un istituto che abbraccia tutta quanta la vita umana, in tutte le varie forme che l'uomo può assumere per l'adempimento del suo scopo. Non è dunque un istituto esclusivamente giuridico, come non lo è solo religioso, ma tocca il costume, la vita, la morale intera ».

La definizione del Filomusi non è peraltro che lo svolgimento della famosa definizione di Ulpiano, una definizione che prova come gli antichi giuristi sapessero cogliere il necessario e rigettare tutto l'inutile ed il superfluo dal loro linguaggio scientifico.

Il matrimonio dunque secondo Ulpiano (2) era: « *Coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini atque humani juris comunicatio* », dove nella prima parte *(coniunctio maris et feminae)* si riscontra l'elemento materiale, nella seconda *(consortium omnis vitae)* l'elemento etico, e finalmente l'ultima parte rappresenta l'elemento giuridico-religioso di cui vien costituito il matrimonio.

Col procedere dei secoli e col mutare dei tempi e della civiltà, la potestà civile e la religiosa si resero l'una dall'altra indipendente, e tanto la Chiesa che lo Stato si riservarono la facoltà di dettar norme e di regolare secondo i propri fini il matrimonio dei rispettivi soggetti. Ora il matrimonio civile è conquista di quasi tutte le legislazioni, ed anche in Italia col codice del 1865, combattuto aspramente, per quanto valorosamente sostenuto dai nostri più eminenti giureconsulti entrò felicemente in porto. Però non tutte le nazioni civili l'hanno ammesso nelle loro leggi, che anzi qualcuna di esse lo lascia regolare dal potere eccle-

(1) Filomusi-Guelfi. *Enciclopedia giuridica.*

(2) *Dig.* L. I. *De Ritu Nuptiarum*, 23, 2.

siastico, limitandosi a riconoscere e dare validità a quelle unioni celebrate e ritenute valide dalla Chiesa.

Solo qualche Stato della grande Repubblica dell'America del Nord (New-York e New-Jersey) non detta norma alcuna in proposito, ma riconosce valide quelle unioni contratte spontaneamente e pubblicamente tra due persone di sesso diverso.

II.

Della legge che deve regolare il matrimonio degli stranieri.

« Adversus *hostes aeterna auctoritas* » (1). Così le leggi delle XII Tavole.

Il Codice civile italiano, fin dai suoi primi articoli stabilisce (2):

« Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono ».

Ecco i due estremi limiti; ecco tutto il lunghissimo cammino percorso da tanti secoli di civiltà. L'una, la legge decemvirale che tutto nega allo straniero, perfino il *jus connubii*, l'altro, il codice dell'Italia risorta, che fra i primi accolse e sancì il principio che lo straniero nel regno è seguito dalla sua legge d'origine ed è governato da essa, essendo solo sottoposto alle nostre leggi d'ordine pubblico! Ma una è il primo modello di

(1) Il significato di questo testo è controverso; generalmente si ammette però che esso racchiuda il principio dell' esclusione dello straniero dal godimento di qualsiasi diritto. Di questo parere è il Pierantoni (*Trattato di Diritto internazionale*). Lo Scialoja nelle sue lezioni di Diritto Romano (anno 1895-96) ritiene che esso proibisca agli stranieri di usucapire.

(2) Art. 6 delle Disposizioni generali.

legislazione scritta, e l'altro è uno degli ultimi codici civili promulgati in Europa!

Sventuratamente però le legislazioni sono tutt'altro che d'accordo in questa materia, come divise sono le opinioni degli scienziati, ed opposti e contradittorî i pareri delle magistrature.

Lungi però dai principî delle antiche genti e dalle usanze inumane del medio-evo, ai nostri dì le dispute degli scrittori vertono essenzialmente sul diverso modo di regolare i conflitti a cui danno frequentemente luogo la diversità delle legislazioni.

Ora per le condizioni di civiltà, e per i progressi della scienza non si possono privare dei loro diritti gli stranieri, ma, concesso loro l'esercizio dei diritti, nasce subito la questione di sapere qual legge si debba applicare allo straniero fuori del territorio della patria.

Il famoso principio *leges non valent extra territorium*, ebbe anche nel campo delle scienza un'applicazione molto meno vasta di quella che può sembrare a prima vista. Difatti molti sostenitori di quella dottrina eran venuti sottilizzando per creare la celebre distinzione degli statuti in *reali* e *personali*, i quali ultimi in omaggio alla *comitas gentium*, alle convenienze internazionali avrebbero dovuto avere un trattamento privilegiato. È notevole però che la maggioranza dei giureconsulti adoperi la parola *legge del domicilio* ad indicare la legge che secondo essi dovrebbe regolare i rapporti delle persone residenti fuori del territorio del proprio Stato.

Noi non esitiamo a dire che l'opinione prevalente fra i pubblicisti contemporanei è quella che stabilisce come regolatrice di tali rapporti la *legge d'origine* o *legge nazionale*. Anzi il Fiore (1) nota come molti scrittori che generalmente vanno annoverati fra i partigiani dell' applicazione della legge del domicilio, sostengono invece la necessità dell' altra.... della legge nazionale.

(1) Fiore. *Elementi di Diritto internazionale privato* (Torino, 1879).

Infatti esaminando un passo del Froland ed uno dello Story appare che il primo parla della *legge del domicilio d'origine* e l'altro di *legge del domicilio nativo*, espressioni che equivalgono generalmente a quella da noi usata di *legge nazionale;* il Foelix più esplicitamente dichiara potersi usare indifferentemente le due espressioni.

Tenuto conto di queste osservazioni, possiamo constatare che se per l'applicazione della legge del domicilio attuale stanno molti insigni scrittori come l'Herz, i due Voet, il Rodemburgh, il Pothier, il Demangeat ed altri, così per contrario molti e non meno chiari pubblicisti sostengono doversi allo straniero applicare la legge del domicilio d'origine, o legge nazionale, e notiamo fra questi l'Huber, il Burge, lo Story, il Laurent, il Mancini, il Fiore, il Calvo e parecchi altri ancora.

Il Fiore, nei suoi *Elementi di diritto internazionale privato*, si incarica di confutare le ragioni degli avversari, dei quali la maggior parte fonda il proprio sistema sulle condizioni degli Stati ai tempi in cui essi scrivevano, prima della codificazione delle leggi, quando consuetudini sempre diverse fra loro, sovente opposte l'una all'altra, vigevano nelle singole città.

Le ragioni addotte dal Fiore sulla necessità che la legge nazionale segua ovunque l'individuo, sono molto abili e stringenti.

« È certo — osserva egli fra l'altro — che ogni individuo nasce cittadino di una patria e si considera come membro della nazione di suo padre, perchè si presume ch' egli voglia continuare ad appartenere allo stesso corpo politico della sua famiglia. La legge della patria di ciascuno prende sotto la sua protezione l' individuo dal momento della nascita: essa determina quando esiste come persona giuridica, quando è figlio legittimo, naturale o adulterino, e gli applica tutte le disposizioni che attivamente o passivamente lo interessano. A misura che l'individuo cresce e si sviluppa, penetra nel segreto della vita politica

della sua nazione, se ne appropria i costumi, valuta i pregi e i difetti della costituzione e della legislazione del suo paese. Da questo momento i suoi doveri e i suoi diritti diventano più certi e meglio definiti. Non più per presunzione, ma per volontà esplicita l'individuo appartiene a tal corpo politico; liberamente si assoggetta a sopportarne tutti i gravami, è divenuto solidale della difesa degli interessi generali, mentre potrebbe rompere tutti i rapporti naturalizzandosi all'estero. Quando tale individuo fissa il suo domicilio in paese straniero, non è più l'uomo fisico, è l'uomo sociale, è il nazionale del tal paese, il suddito del tale Sovrano; può domandare che la sua condizione, la sua capacità, i suoi diritti, così come sono determinati dalla legge della sua nazione, sieno rispettati, non in virtù dei trattati, ma in virtù di quei principii di diritto pubblico che regolano i rapporti degli Stati sovrani. D'altra parte il Sovrano territoriale non può avere alcun interesse a distrarre lo straniero dalla soggezione della sua legge naturale e ad applicargli le leggi fatte per i propri sudditi. Il suo unico diritto è d'impedire che s'invochi una legge straniera in quello che offende i principii d'ordine pubblico e l'ordinamento politico e costituzionale dello Stato».

Abbiamo voluto riportare integralmente il bellissimo ragionamento del Fiore, perchè ci sembra la genesi del diritto che compete allo straniero di esser retto dovunque dalla sua legge nazionale, e per far notare l'unica deroga al principio, e di cui vedremo in seguito l'applicazione.

È opinione di molti che la teoria della personalità della legge anzi che essere sconosciuta al diritto antico di Roma, trova in quello il suo più valido fondamento, e a tale riguardo così si esprime il Mancini (1):

« La coesistenza di diverse legislazioni sul territorio di un

(1) Mancini. *Relazione* letta alla Sessione dell'Istituto di Diritto internazionale, tenuta a Ginevra nell'anno 1874.

medesimo Stato certamente s' incontra fin dalle grandi epoche della Repubblica e dell' Impero di Roma, dappoichè i Romani con la loro accorta politica non ritoglievano ai popoli conquistati le patrie leggi e le costumanze giuridiche, e si contentavano di assoggettarli alla loro sovranità politica e alle parti essenziali del loro diritto pubblico ».

Il Fiore, infine, fa notare come anche Gaio ammettesse che gli stranieri potessero congiungersi fra loro in matrimonio *secundum leges moresque peregrinorum.*

Aggiungeremo che anche nel medio evo, dopo l' invasione barbarica, nella confusione dei popoli e delle razze, il principio della personalità del diritto regnò sovrano per qualche secolo; ciascuno dei sudditi di un medesimo sovrano era retto dalla propria legge nazionale, « laonde il Romano viveva con la legge romana, il Langobardo con la legge langobarda, il Franco salio con la legge salica, il Ribuario con la ribuaria (1) ». È bensì vero che non si trattava di cittadini appartenenti a diversi Stati, ma di sudditi di un medesimo Sovrano; nondimeno è da notarsi che anche i barbari, secondo l' espressione dello Schupfer (2), « considerassero il diritto come qualche cosa d'inerente alla personalità, e credessero di non poter togliere ad uno la sua legge senza offenderne la personalità ».

Del resto la teoria degli statuti si cominciò a delineare fin dal tempo dei Comuni, ed essa segna un grande passaggio fra l'antica dottrina e quella oggi generalmente sostenuta, e questa volta si tratta veramente di cittadini appartenenti a Stati diversi.

Civis ligatus est etiam extra territorium statuto patriae, dicevano gli antichi glossatori a proposito dello statuto che essi denominavano personale, mentre l' altro, ovvero lo statuto reale, abbandonava il cittadino appena fuori dei confini dello Stato.

(1) SCHUPFER. *Storia del Diritto italiano.*

(2) Op. cit.

Or dunque noi non seguiremo nè il Fiore, nè gli altri pubblicisti nella enumerazione degl'inconvenienti a cui si andrebbe incontro ritenendo il principio della *legge del domicilio*, e trovando che l'unico principio, che, oltre allo scaturire nettamente dalla logica e dall'equità, è il risultato fedele dell'evoluzione storica del diritto delle genti, è quello della *personalità della legge*, accettiamo completamente la teoria sancita anche dal nostro Codice civile.

L'art. 12 delle disposizioni generali del nostro Codice, stabilendo come eccezione alla regola generale che in nessun caso le leggi di paesi stranieri possano avere applicazione nel regno quando sono contrarie all'ordine pubblico ed al buon costume, completa sapientemente le disposizioni di diritto internazionale privato, e si trova in perfetta consonanza coi desiderati della scienza moderna, giacchè nessuno potrebbe ammettere che l'applicazione della legge straniera suoni menomazione dell'autorità sovrana dello Stato.

Posti questi principii, veniamo a stabilire quale sarà la legge che dovrà governare il matrimonio degli stranieri.

La risposta viene spontanea. Se, come unico caso di deroga al principio generale dell'applicazione della legge nazionale allo straniero, abbiamo messo quelle leggi e quegli atti che offendono l'ordine pubblico ed il buon costume, nè essendo il matrimonio certamente compreso fra quegli atti, è chiaro che esso dovrà essere regolato dalla legge nazionale dei contraenti.

Noi non ci stupiremo in ogni modo se quegli scrittori che parteggiano per la legge del domicilio, sostengano che anche in questo caso la legge da applicarsi sia quella del domicilio coniugale; essi non fanno che applicare al caso specifico la loro teoria generale; e dopo tutto sono perfettamente coerenti.

La legge nazionale, dunque, regola il matrimonio degli stranieri, ma sarà la legge nazionale del marito o quella della moglie che avrà la prevalenza nel caso che l' uno e l' altra non sieno soggetti all' impero di una medesima legge?

La donna sposando, assume il cognome del marito, accetta di seguirlo nel suo domicilio, si spoglia della propria cittadinanza di origine per rivestirsi di quella del marito; i figli nati dalle loro nozze seguono la cittadinanza paterna, assumono la legge nazionale del padre. . . è chiaro dunque che sarà la legge dello sposo quella che converremo chiamare legge matrimoniale dei coniugi (1).

(1) In quanto alla questione della capacità della donna a contrarre matrimonio, è oramai incontroverso che fino al momento delle nozze essa deve essere regolata dalla sua legge d'origine (V. Cod. Civ. art. 102, 103).

III.

Del Divorzio e della legge che deve regolarlo.

In diritto canonico non sorge la questione del divorzio: per la Chiesa il matrimonio è un sacramento, e *quod Deus coniunxit homo non separet.* In omaggio a questa dottrina, alcune nazioni ammettono la morte soltanto come unico mezzo di scioglimento del vincolo coniugale, mentre al contrario le legislazioni degli Stati acattolici ritengono dissolubile il nodo matrimoniale, e sanciscono il divorzio, il quale per tal modo viene ad essere il mezzo creato dalla legge per dissolvere il matrimonio prima della morte di uno dei coniugi.

Abbiamo detto: creato dalla legge, ma è noto che il divorzio, nel senso più largo della parola, è forse altrettanto antico quanto il matrimonio, essendo stato in uso presso gli Ebrei (1), i Greci e i Romani (2), ove però si manifestava nella forma speciale del *ripudio.*

Quando all'influenza del diritto romano si sostituì gradatamente quella del diritto canonico, il divorzio anch'esso esulò per un pezzo dalle costumanze sociali d'Europa. Vi fece però

(1) CLASSON. *Le mariage civil et le divorce.*

(2) CHIRONI. *Il Divorzio.* (Relazione letta al III Congresso Giuridico in Firenze).

ritorno al tempo della Riforma, e quantunque Lutero tenesse a dichiarare pubblicamente la sua avversione al divorzio, pure insieme al Melantone incoraggiava in segreto il Langravio d'Assia a ripudiare la propria consorte. Oggidì il divorzio è generalmente accolto da tutte le legislazioni, tranne che dall'italiana, dalla portoghese, dalla spagnuola, ed in parte dall'austriaca.

Per entrare definitivamente nel tema della nostra trattazione porremo subito la questione principale, risolta la quale ci sarà facile seguirne l'applicazione nei rapporti che ci proponiamo di studiare: quale è la legge che deve regolare il divorzio?

Abbiamo discusso piuttosto lungamente dinanzi per conchiudere, a noi sembra, con sufficiente chiarezza, che la legge nazionale del marito dev'essere legge del matrimonio. Il matrimonio come rapporto giuridico è forse l'istituto più complesso in tutte le legislazioni, è la *consuetudo vitae* (1) di Giustiniano, è un istituto, secondo il concetto del Filomusi, da noi accettato, che abbraccia tutta quanta le vita umana. Noi, dicendo che il matrimonio dev'essere regolato dalla legge nazionale del marito, alludevamo non alla celebrazione di esso, che anzi, in quanto alla forma, deve, secondo l' unanime dottrina ed in forza del principio *locus regit actum*, uniformarsi alla legge del luogo ove essa avviene. Noi intendevamo parlare dell'essenza del matrimonio stesso, del complesso di tutti quegli svariati rapporti che nascono dalla sua origine, e vanno fino al suo scioglimento a mezzo della morte di uno dei coniugi o del divorzio. Or parrebbe a noi che non ci fosse veruna necessità di far regolare il divorzio da legge differente da quella che ha regolato fino in quel momento tutti gli altri rapporti matrimoniali, che anzi facendo all'opposto a moltissimi danni e ad inconvenienti gravissimi si andrebbe incontro.

(1) *Inst. De Patria pot. L. 9.* « Matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudimem vitae continens ».

Pure, sarà la poca bontà della teoria che noi abbiamo enunciata, ovvero che non ci è dato intendere esattamente il pensiero dei molti e dottissimi scrittori che hanno trattato questo argomento, nessuno di essi l'ha accettata e divulgata coll'autorità della propria competenza. Alcuni di essi come il Merlin (1), lo Schäffner (2), il Dudley-Field (3), sostengono al solito che l'unica legge che debba regolare simili rapporti sia quella del domicilio coniugale, altri stabiliscono che essi invece debbono sottostare alla legge nazionale dei coniugi, tutti insomma si danno la mano nel voler scindere e trattare a parte le due questioni del matrimonio e del divorzio. E s'ingannerebbe chi credesse che l'opinione di coloro i quali ammettono che il divorzio sia regolato dalla legge nazionale dei coniugi, poichè essa è la stessa legge nazionale del marito da cui è governato il matrimonio, non differisca dalla nostra nella sua sostanza. E così sarebbe infatti se i due coniugi s' impegnassero coll'atto del matrimonio di conservare, finchè esso sussista, la medesima nazionalità che avevano quando lo contrassero; ma essendo ciascuno libero di cambiare con un'altra la cittadinanza d'origine, dato questo caso, certo la nuova legge nazionale che dovrebbe regolare il divorzio non corrisponde più alla vecchia legge che reggeva tutti gli altri rapporti coniugali.

Solo il Rocco (4), seguito in ciò, parmi, da due illustri giureconsulti stranieri, sostiene una sua teoria che nella conclusione equivale a quella da noi esposta, perchè anch'egli stabilisce che per il matrimonio, come per qualunque altro contratto « la facoltà di regolarne lo scioglimento spetti alla legge che ne ha governata la formazione ». Soltanto per venire a formulare la sua teoria il Rocco

(1) MERLIN. *Repertoire de la Jurisprudence universelle.*

(2) SCHÄFFNER. *Diritto civile internazionale* (Trad. Tenore).

(3) DUDLEY-FIELD. *Prime linee di un Codice internazionale* (Trad. Pierantoni).

(4) ROCCO. *Diritto civile internazionale.*

sembra dare soverchio peso all'elemento contrattuale nel matrimonio e da quello fa dipendere tutte le conseguenze che ne desume. A noi sembra ormai accertato che nel matrimonio sieno egualmente commisti elementi di diritto pubblico e di diritto privato, in modo che non si possa solamente tener conto assoluto di questi o di quelli senza falsare totalmente la natura e l'importanza dell'istituto. È indubitato che invano si potrebbe mediante una convenzione degli sposi derogare ad una disposizione tassativamente imposta dalla legge in materia matrimoniale, come è innegabile che vi siano da parte di ciascun coniuge dei diritti acquisiti a pretendere che la legge che li prese sotto la sua custodia al momento in cui quel rapporto ebbe origine li segua fin quando esso si estingue.

Ma prescindendo dal rispetto dovuto a quella specie di diritti acquisiti dai coniugi (di cui anche il Fiore sembra ammettere l'esistenza allorchè sostiene che la naturalizzazione del marito non importi quella della moglie) ed avendo solo riguardo al rispetto che si deve alla legge che ha guidato tutti i rapporti coniugali dei consorti, crediamo col Rocco che non possa risolversi per mezzo di leggi straniere un matrimonio che secondo la legge che ne regolò la formazione era indissolubile.

Il Fiore che in un punto del suo libro di Diritto internazionale privato sembra propendere con qualche riserva per la teoria del Rocco, in un altro punto la rigetta completamente e si studia di abbattere colla massima copia di argomenti la dottrina del valente giurista napoletano appoggiandosi specialmente al Merlin, cui era riuscito dimostrare che una nuova legge che introduca o abolisca il divorzio in uno Stato debba avere effetto retroattivo. Noi non discuteremo di ciò per non fuorviare dal nostro tema, ed accettiamo pure la teoria del Merlin, che del resto è condivisa da moltissimi giuristi (1); essa non ha veruna

(1) Gabba. *Sulla retroattività delle leggi.*

analogia colla questione di cui ci occupiamo. Essa è essenzialmente una questione di puro diritto civile, mentre la nostra verte sul diritto internazionale privato. Infine il Merlin, riferendosi solo al diritto positivo francese, fonda il suo ragionare sull'articolo 6 di quel codice civile, che stabilisce che le leggi che interessano l'ordine pubblico ed il buon costume, non possono esser derogate da private convenzioni. Ma nel nostro caso le private convenzioni non sarebbero che le disposizioni della legge matrimoniale dei coniugi, quindi ciò che può esser vero in ordine al diritto civile può divenire perfettamente assurdo volendone fare l'applicazione in diritto internazionale. Spiegheremo in seguito quale sia il significato che scientificamente dovrebbe attribuirsi all'art. 6 del Codice Civile francese, che non è che una derivazione del vecchio principio romano: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*, principio riprodotto ed ampliato dal nostro codice civile nell'art. 12 delle disposizioni generali. Qui ripetiamo: purchè non sia contraria al buon costume, alla pubblica moralità ed all'ordine pubblico, nelle questioni concernenti il divorzio fra stranieri, l'unica legge che deve applicarsi è la legge che aveva regolato dalla sua contrazione l'unione matrimoniale.

IV.

Effetti del cambiamento di domicilio sulla legge che deve regolare il divorzio.

È d'uopo confessare che quegli scrittori che in questa, come nelle altre questioni di Diritto internazionale privato, sostengono che l'unica legge applicabile e da applicarsi al divorzio sia la *lex fori* possono ben compatirci nel vedere i continui ostacoli con cui noi sostenitori di opposte dottrine siam costretti a lottare. Ed ecco che primi ostacoli a sormontare, prime lotte a sostenere nella trattazione di questo argomento sono le continue distinzioni che siam costretti a fare a causa dell'eccezione dell'ordine pubblico e del buon costume, da noi posta come unica limitazione all'applicazione della legge straniera in questioni di stato e di capacità.

E difatti siamo fin da ora obbligati a distinguere due casi diversi ed opposti tra loro:

1° Se due coniugi sposati secondo una legge che non ammette il divorzio, trasferendosi in uno Stato ove questo è permesso, possano ottenere lo scioglimento del loro matrimonio.

2° Caso inverso di due coniugi che, trasferitisi in un paese ove il divorzio è vietato, chiedono l'applicazione della propria legge matrimoniale che loro dava facoltà d'invocarlo.

È ben naturale che i sostenitori dell'applicazione della legge del domicilio rispondano affermativamente al primo e negati-

vamente al secondo quesito, mentre noi, e fin qui possiamo procedere d'accordo con quelli che sostengono puramente l'applicazione della legge nazionale degli sposi, diamo risposta negativa per entrambe le proposizioni, giudicando il primo caso in base alla regola fissata, il secondo in base all'eccezione.

Ed infatti nel primo caso la giurisprudenza di quei paesi ove la legislazione accetta il principio della territorialità del diritto è unanime nel riconoscere alla magistratura la potestà di pronunziare lo scioglimento di qualsiasi matrimonio (quando le leggi locali lo permettono) purchè le parti, o almeno una di esse sia domiciliata nel terrirorio dello Stato. A questo principio s'informano quasi tutte le decisioni dei tribunali prussiani, inglesi, scozzesi, svizzeri ed americani. Se differenza vi esiste essa è nel significato più o meno ampio che si dà al concetto del *domicilio*, ed alla considerazione della *bona fides;* si tien calcolo cioè se il domicilio coniugale non sia stato mutato ad arte ed allo scopo di sottrarsi alla propria legge proibitiva del divorzio. Altrove la magistratura si limita ad accordare il divorzio solo nel caso che il fatto che si adduce come motivo della dimanda sia stato compiuto dopo il trasferimento del domicilio, ed altrove, nel caso che i due coniugi abbiano domicilio distinto, si tien calcolo del solo domicilio del marito, altrove di quello dell'attore.

Il Westlake nella *Revue de droit international* (1) ci dice quale è la dottrina inglese in materia di divorzio; essa è d'accordo colla giurisprudenza della Corte inglese (2).

« *La justice anglaise est compétente pour prononcer le divorce dans tous les cas ou le mari est domicilié en Angleterre, ou même ha-*

(1) *Revue de droit international*, an. 1881.

(2) Dal 1857 in Inghilterra venne istituito un Tribunale speciale per le cause matrimoniali, che poi venne fuso colla Corte Suprema. Prima del 1857 le cause di divorzio venivano portate davanti al Parlamento, e quelle di separazione *a mensa et thoro* erano deferite ai Tribunali ecclesiastici.

bite seulement le pays, pourvu que ce ne soit pas d'une façon purement passagère, et qu'il n'y soit venu précisément dans le but d'obtenir ou de faciliter son divorce. »

La giurisprudenza scozzese supera molte altre in larghezza, e può sembrare un vero invito ai mariti disillusi di tutti i paesi a cercarvi lo scioglimento delle loro nozze; essa infatti si attribuisce il diritto di pronunziare sentenze di divorzio fra coniugi stranieri anche quando l'adulterio sia stato commesso prima che le parti avessero trasferito il loro domicilio in Iscozia. Basterebbe provare che esso fosse *bona fide.*

La giurisprudenza prevalente negli Stati Uniti d'America ha molti punti di contatto con quella adottata dai magistrati scozzesi. In ogni modo essa non è che l'applicazione rigorosa dei principî sanzionati dagli Statuti dei vari Stati che compongono la grande Confederazione.

Leggendo il libro del Dudley-Field si apprende per mo' d'esempio che secondo lo Statuto del Massachusset, purchè l'attore solo sia domiciliato da cinque anni nello Stato, si può ottenere il divorzio anche se il fatto addotto abbia avuto esecuzione fuori del territorio.

La legislazione dell'Ohio richiede invece che l'attore abbia residenza nello Stato almeno da un anno prima della domanda, anche quando la causa determinante si fosse avverata altrove. Se il convenuto non è residente nel paese la citazione può farsi anche per pubblicazione o per lettera.

Nell'Illinois si richiede anche un anno di residenza, a meno che l'offesa non fosse stata commessa nello Stato.

Lo Statuto della California, meno esigente ancora, richiede soli sei mesi di domicilio precedente alla domanda, ed infine la legge vigente nella Virginia richiede solamente che una delle parti sia residente nello Stato al momento della presentazione della dimanda.

A noi sembra che ammessa la teoria da noi accettata e so-

stenuta, non potrebbe sorgere controversia che su di un sol punto, cioè se l'applicazione di una legge straniera che proibisce il divorzio sia contraria all'ordine pubblico ed al buon costume, se cioè sia questo il caso di dovere applicare l'unica eccezione da noi stabilita alla regola generale. Lo Schäffner infatti mette su questo terreno la questione. Egli dice che la circostanza che secondo la legge nazionale degli sposi il matrimonio non possa essere sciolto non può avere alcun peso. Il giudice deve tener conto esclusivamente della legge che impera nel suo paese, del suo *jus publicum.*

La filosofia del diritto classifica in tre categorie le leggi, a seconda che comandano, permettono o proibiscono una data azione, perciò dette leggi cogenti, permissive e proibenti. Il divorzio in quei paesi ove è sanzionato dalla legislazione costituisce appunto una di quelle leggi permissive, mentre ove non è ammesso esso è un vero e proprio precetto proibitivo (1). Data questa circostanza, lo Stato che sancisce il divorzio nel suo diritto positivo non può nulla temere per la sua sovranità e per la indipendenza sua dall'applicazione di una legge straniera che vieta il divorzio. Come non si potrebbe dire al contrario altrettanto di uno Stato ove il divorzio non è ammesso, perchè applicando una legge straniera permissiva di esso, si annullerebbe una disposizione di diritto pubblico che lo vieta. Facendo un caso pratico, non potrebbe dirsi che applicando per esempio la legge italiana a due coniugi sposati secondo essa e domiciliati in Francia si arrecherebbe una offesa qualsiasi al buon costume o al sentimento morale dei cittadini francesi; difatti la grande maggioranza dei matrimoni contratti in qualunque Stato ove è lecito divorziare restano indissolubili fino alla morte di uno dei coniugi, e sarebbe curioso se

(1) È completamente falso p. e. che il Codice Italiano sol perchè non nomina la parola divorzio, non abbia nessun articolo che lo vieti espressamente. Basta leggere l'art. 148: « Il matrimonio *non* si scioglie *che* colla morte di uno dei coniugi. »

ciò arrecasse scandalo o comunque sia o sembri cosa immorale o disonesta.

Secondo noi dunque il principio dovrebbe formularsi nel seguente modo: Nelle cause concernenti domande di divorzio si dovrà sempre applicare la legge che regolò *ab initio* il matrimonio, purchè essa non sia contraria alle leggi proibitive d'ordine pubblico e non arrechi offesa al buon costume od al sentimento morale della nazione ove avviene il giudizio (1).

Qualche cosa di simile si ravvisa nell'art. 12 delle Disposizioni Generali che precedono il nostro Codice: « . . . in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle *leggi proibitive* del regno, che concernono le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume ».

Il Codice Napoleone, come è noto, mentre si occupa della condizione dei sudditi francesi domiciliati all'estero, prescrivendo che essi debbano continuare ad esser retti dalla legge patria non detta norme per regolare la condizione giuridica degli stranieri dimoranti all'interno. Onde ci sembra che vadano completamente errati quegli scrittori moderni d'Oltralpe che in base all'art. 6 di quel codice pretendono applicare ai coniugi sposati secondo una legge straniera vietante il divorzio, il diritto francese. Abbiamo detto altra volta e ripetiamo ancora che quell'articolo si occupa solo delle private condizioni, che giustamente non possono derogare a disposizioni di diritto pubblico.

Fra quegli scrittori che sostengono la stessa nostra opinione

(1) Nella seconda Conferenza di diritto internazionale privato, tenutasi all'Aja nel 1894 fu adottato questo stesso principio, che ridotto in termini più pratici venne racchiuso nell'art. 1 del protocollo finale. « Gli sposi non sono ammessi ad avanzare una domanda di divorzio se non nel caso che la loro legge nazionale e la legge del luogo ove la domanda è fatta li autorizzi. »

in questo caso speciale notiamo il Fiore; egli però si limita a constatare che il divorzio importa una gravissima mutazione di stato, e quindi deve essere regolato dalla legge nazionale e solo con questa devono decidersi le quistioni relative al divorzio.

Il Calvo (1) il quale è completamente d'accordo con l'illustre professore napoletano, aggiunge qualche cosa di più; dopo aver notato che due sposi appartenenti ad un paese che respinge il divorzio non possano legittimamente, finchè conservano la primitiva nazionalità, fare sciogliere la loro unione, trasferendosi in un paese ove vige il divorzio, aggiunge: « *car s'ils agissaient ainsi, il s'exposeraient, quand ils retourneraient dans leur patrie, a y être judiciairement poursuivis et condamnès comme bigames.* »

Prima di passare all'esame del secondo quesito da noi proposto crediamo non inopportuno accennare ad un argomento molto strettamente connesso a quello che abbiamo testè trattato.

Posto che la legge nazionale degli sposi, o la legge che, secondo il nostro linguaggio, abbiamo chiamata legge matrimoniale, permetta il divorzio, e lo accordi per motivi più lievi di quelli che sono richiesti dalla legge del domicilio coniugale, può l'autorità giudiziaria del territorio ove risiedono gli sposi pronunziare lo scioglimento del matrimonio per questi motivi che chiameremo eccedenti? Notiamo dapprima che appena qualche scrittore s'occupa specialmente di questo caso, e ciò si spiega col fatto che esso è considerato come un corollario della regola generale, e rientrando in questa non hanno forse ritenuto necessario discorrerne a parte.

Trovo che fra i sostenitori della territorialità della legge ne fa un piccolo accenno lo Schäffner, e naturalmente sostiene che il magistrato deva tener conto solo della legge ove i coniugi hanno il loro domicilio.

Quantunque propugnatore di opposte teorie della medesima

(1) CALVO — *Le Droit International théorique et pratique.*

opinione è stato il Fiore (1), di cui preferiamo riportare *in extenso* le parole: « due individui che avessero contratto matrimonio in un paese nel quale la legge autorizzi il divorzio per cause quasi frivole, com'è per esempio la legge prussiana, e che stabilissero il loro domicilio in un paese la cui legge permetta pure il divorzio, ma solo per l'adulterio della moglie, non potrebbero fondare una domanda per divorziare su di un motivo sufficiente solamente secondo le leggi del loro paese. »

Egli però non adduce le ragioni che lo hanno consigliato a fare un'altra deroga alla sua regola, ci sembra però che intraveda anche qui l'offesa all'ordine pubblico, e certo neanche a lui hanno dovuto sembrare molto persuasive, perchè in seguito ha abbracciata la contraria opinione (V. *Diritto Internazionale Privato*, Torino 1889, § 689). Dobbiamo egualmente notare come l'Istituto di Diritto Internazionale nella sua sessione dell'anno 1888 tenuta a Losanna adottò un *Regolamento dei conflitti* delle leggi in materia di matrimonio e divorzio proposto dai soci De Bar, Brusa e König, di cui l'art. 18 è così concepito: « Se il divorzio è ammesso in massima dalla legge nazionale, le cause che lo motivano devono essere quelle del luogo dove l'azione è intentata (2) ».

A nostro modo di vedere l'eccezione di lesione dell'ordine pubblico non può essere validamente sostenuta in questo caso, perchè quando nel paese ove vien proposta l'azione, il divorzio è ammesso in massima, esso non può chiamarsi contrario all'ordine pubblico; non può arrecare scandalo di sorta l'applicazione di un'altra legge che anche lo permetta, sia pure in modo più lato e più condiscendente di quella locale. Allo stesso modo non vediamo la ragione di far decidere, come ha stabilito l'Isti-

(1) V. *Elementi di Diritto Internazionale Privato.*
(2) *Revue de Droit International*, an. 1888.

tuto di Diritto Internazionale la questione di massima (1) da una legge e quella speciale da un'altra, anzi ciò ci sembra in contradizione coi principi generali della nazionalità posta come base del diritto delle genti. Quell' articolo 18 può parere una transazione fra i principii dell'antica scuola e quella della moderna che ben potrebbesi chiamare col nome d'Italiana, avendo avuto a suo capo l'illustre Pasquale Stanislao Mancini. Il quale nella sessione tenuta a Ginevra dal medesimo Istituto nel 1874 propose di porre allo studio la questione che solo quattordici anni dopo venne risolta in quel modo nella sessione di Losanna, in una sessione a cui nè il Mancini, nè il Fiore, nè altri professori italiani poterono intervenire al di fuori del Brusa, che fu uno dei relatori di quel Regolamento, e del Fusinato.

Noi siamo dunque propensi ad ammettere che la legge matrimoniale permettente in qualsivoglia modo il divorzio debba avere piena ed intera applicazione in uno Stato ove sia ammesso quel modo di scioglimento delle nozze, come stimiamo che due coniugi sposati sotto una legge che permette il divorzio indistintamente a tutti i cittadini, a qualunque confessione religiosa appartengano, possano ottenere il divorzio in Austria, ove pei nazionali il codice concede il divorzio a quegli sposi che all'epoca del loro matrimonio erano acattolici.

(1) Art 17 Reg. dei Conflitti: « La questione di sapere se un divorzio è legalmente ammissibile o no dipende dalla legislazione nazionale degli sposi. »

V.

Se il divorzio offenda il buon costume ed il sentimento morale in Italia.

« Il divorzio è presso di noi considerato contrario al diritto pubblico matrimoniale, e nessuna legge straniera può derogare ai principii di ordine pubblico, sanzionati dal nostro legislatore. »

Abbiamo enunciato di sopra il nostro parere, che in sè stesso è identico a quello dal Fiore espresso nel brano che abbiamo citato. Abbiamo di già provato come quando una legge straniera sia in opposizione coi precetti proibenti di ordine pubblico contenuti nella legge di uno Stato, essa non può ricevere applicazione nel territorio di questo. Ma sarà poi universalmente accettato e ritenuto che le disposizioni di diritto matrimoniale sieno assolutamente d'indole pubblica? Noi non abbiamo osato affermarlo nè negarlo recisamente per non farci trasportare lungi dal nostro tema e per non ingolfarci in una discussione estranea al diritto internazionale, anzi avendo espressa l'opinione che il diritto matrimoniale contenga in sè tanto elementi di diritto pubblico, che elementi di diritto privato, non vogliamo avventurarci a negare agli stranieri il diritto di esser retti anche in materia di divorzio dalla loro legge personale, sotto l'unico motivo della lesione di disposizioni di diritto pubblico contenute nelle legislazioni che respingono il divorzio.

E seguendo l' esempio del Fiore abbandoneremo il campo astratto per considerare la questione rispetto all'Italia, che con la Spagna ed il Portogallo è restata in Europa ultimo baluardo della indissolubilità delle nozze. E cercheremo di provare che, indipendentemente dal diritto pubblico, l'applicazione fatta da un nostro Tribunale della legge francese o tedesca in materia di divorzio offende, e non certo leggermente, il buon costume ed il sentimento morale della nazione, studiandoci per quanto è possibile di farlo senza preconcetti di sorta e senza entrare in alcuna discussione in merito al divorzio.

L'istituto del divorzio non è completamente sconosciuto in Italia, esso vi fu in vigore al principio di questo secolo al tempo dell'occupazione francese, allorchè nel regno di Napoli venne promulgato il codice Napoleone; inoltre nella Lombardia fino al 1859 e nel Veneto fino al 1866 ha dominato la legislazione austriaca che permette il divorzio ai sudditi non cattolici.

Nondimeno la legge francese del 21 marzo 1803, che in seguito trovò posto nel libro I, titolo VI del codice Napoleone, adottato nelle province napoletane, sebbene fosse molto larga ad ammettere le cause del divorzio (fra le quali il mutuo consenso) incontrò vivissime repugnanze presso gl' italiani. E nel decennio della denominazione napoleonica, come asserì il Pisanelli nelle discussioni preliminari alla promulgazione del nostro codice civile, avvennero pochissimi divorzi, e coloro che divorziarono furono tutti riprovati dall'opinione pubblica, fatto da cui il Pisanelli inferiva che il divorzio fosse ripugnante ai nostri costumi. Inoltre durante la lunga dominazione austriaca nel regno Lombardo-Veneto, riferisce il Salandra (1), vi furono due soli casi di divorzio fra israeliti.

Allorchè nel 1878 l'on. Morelli presentò, mi sembra, per la terza volta un suo progetto di legge sul divorzio, il Guar-

(1) SALANDRA - *Il divorzio in Italia.*

dasigilli del tempo, Conforti, nella tornata del 25 maggio vi si dichiarava contrario, essendo l' opinione pubblica recisamente avversa al divorzio; ed il conte Ferraris, ministro di Giustizia nel primo Gabinetto Rudinì, più circospetto, rispondendo in Senato agli on. Parenzo e Pierantoni che avevano risollevata la questione del divorzio, nella seduta del 1° Giugno 1891, si limitava a dichiarare che l'opinione pubblica non era per anco matura a tale riforma.

Un altra manifestazione, e non certo trascurabile dell'avversione dello spirito popolare italiano per il divorzio si ebbe quando l'on. Villa, divenuto ministro di Grazia e Giustizia presentò il suo famoso disegno di legge sul divorzio, e la Camera lo prese in considerazione. Allora venne presentato al Parlamento una petizione sottoscritta in brevi giorni da più di seicentomila cittadini, fra uomini e donne di età maggiore.

Il divorzio offende, è mestieri dirlo di buon' ora, i canoni della Chiesa Cattolica, esso colpisce le convinzioni religiose della grande maggioranza degl'Italiani, una maggioranza che su circa trenta milioni di cittadini si fa ascendere e quasi ventinove milioni di essi. Ora in un paese ove la popolazione cattolica è trenta volte maggiore del numero degli ascritti a tutte le altre confessioni, compresi gli atei, non può certamente non ferire il sentimento morale della nazione, non può non sembrare la legalizzazione di un'offesa arrecata al buon costume quella decisione di un nostro magistrato che pronunzi una sentenza di divorzio fra due stranieri. Sieno i ventinove milioni formati in prevalenza da cattolici di fatto o da cattolici soltanto di nome, non perciò l'offesa al sentimento morale cessa di essere meno grave, perchè è indiscutibile che le convinzioni religiose formano una grande ed importantissima parte del sentimento della moralità.

« Nessuno, credente o libero pensatore - dice il Gabba (1) -

(1) GABBA, *Il Divorzio nella legislazione italiana.*

può esser libero d'ignorare nè il predominio di fatto di una data religione in una nazione, nè gli effetti che essa produce nei sentimenti, nell' interna disposizione, nell' esterior contegno della cittadinanza ».

Noi non vorremo sostenere la sottomissione delle leggi civili ai precetti della Chiesa, ma ammettiamo col Pisanelli (1) che a stabilire l'avversione dell'opinione pubblica contro il divorzio abbia contribuito il pensiero religioso, ma il legislatore che lo accoglie presta ossequio a un concetto meramente sociale. Il Filomusi-Guelfi (2) in questa materia ha sostenuta la medesima opinione nostra, criticando acerbamente una sentenza della Corte d'Appello d'Ancona che pronunziò il divorzio fra il Console tedesco Bremen, cittadino oldemburghese, e sua moglie, italiana di nascita, la quale si era naturalizzata negli Stati Uniti, dopo aver abbandonato il marito. Quella sentenza, certamente la prima di quel genere e forse l'unica che sia stata emessa da magistrati italiani, sollevò a suo tempo grande scalpore nel mondo giuridico e forense.

Il Filomusi si rese interprete dell' indignazione del sentimento pubblico, ed in un suo scritto combattè valorosamente le conclusioni della Corte d'Ancona. Fra l'altro egli, che sostiene che le disposizioni di diritto matrimoniale appartengono al diritto pubblico inteso in un senso lato, fa rilevare la patente violazione di esso perpetrata dalla Corte, perchè « anche quando i tribunali nazionali decidano controversie di diritto internazionale privato ed applicano una legge straniera, applicano questa in nome della legge nazionale che ne permette l' applicazione, sono organi della sovranità nazionale ».

(1) Pisanelli, *Separazione o divorzio.*

(2) Filomusi-Guelfi, *Il Divorzio tra stranieri in Italia*, (« Nel Foro Italiano », anno 1884).

VI.

Effetti del cambiamento di nazionalità sulla legge che deve regolare il Divorzio.

L'individuo allorchè, per assumere la cittadinanza di uno Stato straniero, abbandona quella originaria, accetta di sottoporsi a tutte le leggi imperanti nella patria di adozione, partecipa ai diritti ed ai doveri inerenti alla nuova cittadinanza e consente che da quel momento il suo statuto personale, ovunque egli risieda, sia posto sotto la protezione della sua nuova legge nazionale.

Se egli avrà fissato il suo domicilio nel territorio dello Stato di cui ottenne la naturalità, tutti i rapporti giuridici che egli contrarrà dopo che avrà cessato di essere cittadino del paese di origine, verranno, senza dubbio, regolati dalla legge dello Stato di cui ha consentito di diventar suddito, ma non si può pretendere egualmente che anche quei rapporti già originati abbiano tosto a cessare di seguire le norme della legge sotto cui si formarono per essere sottoposti ad una nuova legge che spesso è diversa dalla prima ed alcune volte ad essa opposta. Noi abbiamo più sopra espresso questo parere, per quel che riguarda il matrimonio ed abbiamo conchiuso col Rocco, che esso dovrebbe esser retto per tutta la sua durata da quella legge che lo regolò fin dalla sua formazione.

In verità questo è uno dei punti più scabrosi di questa intricata materia dei divorzi in diritto internazionale, e fra gli stessi giuristi che pongono a base del sistema il principio generale dell'applicazione della legge nazionale vari sono i pareri e discordi le opinioni, mentre per i sostenitori della legge del domicilio questa questione non esiste.

Il Laurent studia la questione relativamente al Belgio, ove, prima del 1884, molti cittadini francesi (1) che desideravano sbarazzarsi legalmente della propria consorte, si recavano a chiedere la naturalità, ed ottenutala avanzavano domanda di divorzio. Egli, premesso che debbano ritenersi nulli tutti gli atti compiuti in frode alla legge, distingue tre casi. Nel primo considera la posizione di due coniugi francesi che hanno ottenuta la cittadinanza belga. Se essi fanno istanza per ottenere il divorzio, l'autorità giudiziaria del Belgio è tenuta ad occordarlo perchè gli sposi hanno ragione di rinnegare una patria « *qui leur ravit la liberté, ils choisissent une autre patrie, où ils auront le droit de rompre les liens qui font le malheur de leur vie* (2) », e ciò facendo non commettono frode di sorta nè all'antica legge, nè alla nuova. Nel secondo caso parla di un marito francese naturalizzato belga, che essendo stato abbandonato dalla moglie ottenne dalla Corte d'Appello di Bruxelles lo scioglimento del matrimonio. Il Laurent approva la sentenza. E finalmente, posto che il fatto per cui s'invoca il divorzio sia avvenuto prima della naturalizzazione, può un tribunale belga accordarlo ? Egli è per l'affermativa e critica una sentenza emessa dalla Corte di Liegi, che respingeva un' istanza di divorzio perchè l'adulterio

(1) Il divorzio abolito in Francia fin dall'epoca della restaurazione con la legge 8 maggio 1816, dopo molti vani tentativi, vi fece ritorno con la legge 27 luglio 1884 auspice il deputato Alfredo Naquet, il quale alla notorietà acquistatasi nell'apostolato del divorzio ne aggiunge ora un'altra ben dolorosa a causa delle recenti rivelazioni circa gli scandali del Panama.

(2) LAURENT, *Droit civil international.*

era stato commesso prima che i coniugi avessero ottenuta la cittadinanza belga.

Il Fiore moltiplica i casi considerati dal Laurent, e nella ipotesi che entrambi i coniugi abbiano mutata la loro cittadinanza, siasi avverato il fatto che forma oggetto della domanda di divorzio prima o dopo della naturalizzazione, propende risolutamente per l'applicazione della nuova legge nazionale; invece, allorquando il solo marito abbia mutata la propria nazionalità, egli ritiene che possa fondare la domanda di divorzio solo su fatti posteriori alla propria naturalizzazione e conseguentemente la moglie potrebbe validamente opporsi che esso venga pronunziato in seguito a fatti anteriori al cambiamento della cittadinanza del marito. Ritiene inoltre debba considerarsi a tal riguardo inefficace quella naturalizzazione ottenuta allo scopo evidente di sottrarsi al proprio statuto personale inibitivo del divorzio.

Il Brocher invece parlando in generale della legge che deve indicare le cause su cui si può fondare una domanda di divorzio, dice che questa non deve essere altro che la legge nazionale degli sposi, « *il n' importe dans quels lieux se soient réalisés les faits allegués* (1) ».

Il Calvo poi, si contenta di notare che la giurisprudenza di quei paesi dove è vietato il divorzio non riconosce gli effetti di una naturalizzazione che si provi essere stata domandata allo scopo prefisso di ottenere lo scioglimento di un primo matrimonio.

Secondo il nostro concetto, il cambiamento di nazionalità non dovrebbe avere alcuna influenza sui rapporti giuridici preesistenti alla naturalizzazione, quale il matrimonio, che dal suo inizio, come dicemmo, sino al suo scioglimento, sia per morte che per divorzio, costituisce un unico rapporto e che come tale deve

(1) BROCHER, *Cours de droit international privé.*

dipendere sempre da una medesima legge, che è poi quella sotto la quale venne contratto.

A niuno può sfuggire la gravità degli inconvenienti risultanti dall'ammettere le teorie sostenute dal Laurent.

Ammesso anche che la naturalizzazione del marito non importi necessariamente quella della moglie, come sembra opinare il Laurent, e come bandisce il Fiore, sebbene in opposizione all'art. 11 del nostro codice civile, e concessa al marito la facoltà di domandare ed ottenere il divorzio secondo la nuova legge nazionale, non ci sarebbe ragione di negare alla moglie lo stesso diritto, di chiedere cioè lo scioglimento del vincolo coniugale dopo aver ottenuta una nuova cittadinanza. Informi il caso tipico della principessa di Beauffremont che chiese la naturalizzazione tedesca per liberarsi dai lacci matrimoniali, ed appena libera si affrettò a cambiare la nuova cittadinanza per un altra, sposando un principe rumeno. Che se poi si ammette la naturalizzazione del marito implichi assolutamente quella della moglie, nessuno potrebbe negare l'immoralità delle conseguenze che ne potrebbero sorgere, rendendo il marito arbitro e despota della famiglia, potendo egli con un semplice atto cambiare la propria cittadinanza e mettersi in condizioni di fare sciogliere dai Tribunali il suo matrimonio.

Ed anche che marito e moglie domandino entrambi la cittadinanza straniera, tenuto presente che, secondo il Laurent, il fatto per cui si chiede il divorzio potrebbe benanco essere anteriore alla naturalizzazione, il matrimonio si ridurrebbe ad un puro contratto civile, risolvibile quasi col mutuo consenso delle parti (i motivi pel divorzio non è difficile crearli specialmente secondo alcune legislazioni) il che è assolutamente contrario alla natura dell'istituto.

Il Calvo dice che si dovrebbero accettare quelle domande di divorzio in cui si provi che la naturalizzazione non sia stata chiesta allo scopo premeditato di sciogliere quel vincolo che,

secondo l'antica legge, era indissolubile. Ma come si fa ad avere la prova solida e convincente in argomenti così difficili e delicati e di natura tanto intima come in questo genere di cose?

Noi, ritornando su quanto abbiamo detto, siamo d'avviso che uno Stato in cui il divorzio sia permesso non può nulla temere dall'applicazione d'una legge interdicente il divorzio; mentre all'opposto il magistrato di uno Stato ove il matrimonio è indissolubile non potrebbe accordare il divorzio ad una coppia che lo contrasse secondo una legge che ne permetteva lo scioglimento legale.

In quanto alla giurisprudenza, essa non è concorde in questo punto, e se il Laurent può addurre in sostegno della sua tesi qualche giudicato dei tribunali belgi, noi possiamo addure in contrario delle sentenze di altre magistrature. Il Tribunale della Senna, per esempio, con sua sentenza del 28 agosto 1878, annullò il matrimonio di un francese sposato la prima volta in Francia, e che naturalizzatosi svizzero, ottenne il divorzio e riprese moglie. Il Tribunale dichiarava « *que la naturalisation d'un Français ne peut faire èchec à aucun droit anterieurement acquis à des tiers sous l'empire de la loi française* ».

Un problema strettamente connesso a questo di cui abbiamo parlato, e non meno interessante dell' altro, anche perchè non da tutti gli scrittori è stato considerato, è quello di sapere se in caso di un cambiamento territoriale mediante annessione, i cittadini del territorio annesso abbiano a conservare la propria legislazione matrimoniale, ovvero sieno obbligati a mutarla con quella dello Stato di cui sono divenuti cittadini.

L'annessione di una provincia rispetto ai suoi cittadini non è altro che la naturalizzazione collettiva di essi, e perciò loro si dovrebbero applicare tutte le regole stabilite nel caso delle singole naturalizzazioni. Anzi, se la naturalizzazione di una persona è ad ogni modo un atto spontaneo e volontario, il cambiamento di nazionalità dipendente da mutamento territoriale

è quasi sempre coatto. Nè si dirà che nei trattati in cui viene stabilita la cessione di un territorio dall'uno all'altro Stato, si inserisce la clausola che autorizza i cittadini di quel territorio ad optare per l'antica cittadinanza, ma è altresì vero che nei trattati di cessione, come in quello di Villafranca, per lo più s'impone l'obbligo a coloro che preferiscono conservare la primitiva cittadinanza di trasferire entro un dato periodo di tempo il proprio domicilio nei confini dello Stato cedente, cosa disagevole e dispiacevole, che induce molti, che pur avrebbero desiderato continuare a godere della cittadinanza d'origine, ad acconciarsi a mutarla con quella dello Stato cessionario del territorio annesso.

E neppure vale il dire che questo caso è identico a quello della promulgazione di una nuova legge istituente il divorzio là ove prima non vigeva, o abrogantelo ove era ammesso, perchè, secondo il moderno concetto dello Stato, tutti i cittadini a mezzo dei loro rappresentanti elettivi sono (almeno in teoria) indirettamente organi del potere legislativo, e nella specie i nuovi cittadini di una provincia annessa essendo appartenuti ad un altro Stato, non potevano contribuire alla creazione delle leggi dello Stato a cui il loro territorio venne aggregato in seguito.

Una sentenza piuttosto recente (24 maggio 1895) della Corte d'Appello di Parigi (1), pur non essendo relativa a questione di divorzio, trattandosi invece di stabilire il regime che doveva regolare un matrimonio contratto a Parigi nel 1851 fra due cittadini sardi nativi della Savoia, fissa questo principio:

« *L'annexion de la Savoye à la France n'a pu, en raison même du principe de l'incommutabilité des conventions matrimoniales, modifier le régime adopté par les époux* ».

(1) *Journal de droit international privé,* an 1896.

VII.

Il matrimonio degli stranieri divorziati e la legislazione italiana.

Ci rimane ora un' ultima questione, forse più importante delle altre perchè ha un interesse pratico anche presso di noi, e perciò noi l' esamineremo attentamente studiandone l' applicazione rispetto all'Italia ed alla nostra legislazione civile.

Si tratta di stabilire se uno straniero divorziato legalmente all'estero possa legittimamente contrarre un secondo matrimonio in Italia.

Fra le conseguenze che scaturiscono da una sentenza di divorzio, certo la più grave e la più importante è il diritto che acquista ciascuno dei coniugi divorziati di passare a nuove nozze. Dato questo diritto il cittadino straniero divorziato, può egli esercitarlo nei confini di uno Stato, che come l'Italia non ammette il divorzio? Può l'Ufficiale dello stato civile italiano unire in matrimonio due individui di cui uno abbia ottenuto lo scioglimento della sua prima unione?

Non ci dissimuleremo che la questione offre una certa difficoltà per la risoluzione, e che a prima giunta, tenendo conto di qualche circostanza secondaria si potrebbe andare errati nel risolverla.

Fra gli scrittori di diritto internazionale che sostengono la negativa oltre il Demangeat di cui riassumeremo il parere, il

Fiore pone anche il De Chassat, il Sapey, il Demante. Essi sono tutti francesi ed hanno scritto prima della promulgazione della legge del 1884 che ripristinava in Francia il divorzio, e si sono lasciati fuorviare dall'idea che se in Francia non era permesso il divorzio nè per i nazionali, nè per gli stranieri, doveva egualmente essere interdetto il matrimonio dei divorziati, che come abbiam detto è la principale conseguenza del divorzio stesso.

Il Demangeat (1) infatti dice che permettendo le seconde nozze di un divorziato si verrebbe implicitamente a dar riconoscimento al divorzio che è considerato in Francia uno scandalo pubblico; che se poi uno degli sposi fosse francese: la cosa sarebbe ben più grave, perchè esso si unirebbe ad una persona che secondo la legge francese è ancora vincolata da precedente matrimonio.

Il Brocher poi parifica il caso delle nozze di un divorziato alla celebrazione di un matrimonio bigamo od incestuoso e termina esclamando: « *On ne doit pas être forcé de coopérer à un acte que l'on réprouve* ».

Queste a un dipresso sono le ragioni per cui si dovrebbe, secondo alcuni scrittori vietare le seconde nozze dei divorziati stranieri in uno Stato la cui legislazione proscrive il divorzio; ora passiamo ad esporre modestamente la nostra opinione.

Prima di tutto non ci sembra esatto che accordando in Italia ad un divorziato la facoltà di passare a seconde nozze si venga a riconoscere il divorzio; la nostra legge deve riconoscere lo stato personale dello straniero quale esso è regolato dalla sua legge nazionale, senza implicare menomamente alcun' idea di riconoscimento al fatto da cui quello stato ha avuto origine. Se, per esempio, un ecclesiastico italiano avesse in Italia contratto matrimonio e dopo si fosse trasferito o magari naturalizzato in

(1) DEMANGEAT, *La condition des étrangers en France.*

Ispagna, ove ai chierici ordinati è interdetto sposare, l'autorità spagnuola non può rifiutarsi di riconoscere la validità di quel matrimonio, e la legittimità della prole, pur senza accordare nè direttamente nè indirettamente alcun riconoscimento alle nozze degli ecclesiastici vietate dalla legge spagnuola, e ritenute come un pubblico scandalo (1).

Inoltre nessuna legge potrebbe, senza flagrante violazione del diritto delle genti, disconoscere la validità del matrimonio contratto all'estero da un divorziato straniero, se questi venga a stabilirsi in territorio ove il divorzio è vietato; e ciò è tanto più vero in Francia in quanto ivi sono stati ritenuti validi i secondi matrimoni dei cittadini divorziati prima del 1816. Perchè dunque si dovrebbe impedire che queste nozze vengano celebrate nel territorio di uno Stato come l'Italia? D'altro canto se il nostro diritto vieta il divorzio nell'art. 148 del codice civile, non vi è alcuna disposizione che interdica la celebrazione delle nozze di un divorziato straniero. Nè vale l'osservazione che la condizione di divorziato non esiste nel nostro diritto positivo come quella di celibe o di vedovo, e si debba per conseguenza negare allo straniero divorziato di contrarre una nuova unione in Italia. Noi senza asserire, come fa il Calvo, che un divorziato straniero trovasi rispetto alla legge italiana nella condizione di celibe, conveniamo col Westlake che lo stato dell'uomo unito o no in matrimonio, così come è stabilito dalla sua legge lo segue dappertutto, inoltre il nostro codice civile nell'art. 102 stabilisce: « La capacità dello straniero a contrarre matrimonio è determinata dalle leggi del paese a cui appartiene. Anche lo straniero però è soggetto agl'impedimenti stabiliti nella sezione II del capo I di questo titolo ».

(1) Il Calvo parla di un caso opposto, ossia di un matrimonio, annullato dalla magistratura francese, contratto da un cappuccino spagnuolo con una giovane francese, essendo lo sposo, secondo il diritto spagnuolo, incapace a contrarre matrimonio.

La dizione di quest'articolo non lascia adito ad equivoci di sorta, il matrimonio di un cittadino straniero divorziato essendo permesso dalla legge del paese a cui appartiene deve essere permesso in Italia, e negandolo, oltre a violare il diritto delle genti, si violerebbe il nostro diritto vigente, non essendo questo caso compreso in quelli di cui si fa parola nella sezione II del capo I di quel titolo V, cioè negli articoli 55 e seguenti.

Addirittura senza ombra di fondamento, almeno rispetto alla nostra legge, è poi l'osservazione del Brocher da noi citata, che il permettere la celebrazione di un matrimonio in cui uno degli sposi fosse stato legato da precedente matrimonio, debitamente sciolto, sia lo stesso che permettere la celebrazione di nozze bigame o incestuose in persona di stranieri la cui legge non vieti questa specie d'unioni.

L'art. 102 sopracitato permette, è vero, che la capacità degli stranieri a contrarre matrimonio sia determinata dalla loro legge nazionale, ma un cittadino turco o persiano, per esempio, non può da noi contrarre un matrimonio bigamo o incestuoso perchè il medesimo art. 102 vuole che gl' impedimenti stabiliti per gli italiani valgano anche per gli stranieri. E fra gl'impedimenti vi è quello previsto dall' art. 55, il quale vieta di contrarre altre nozze a chi è vincolato ancora da matrimonio precedente, e quelli previsti dagli art. 58 e 59 che enumerano i diversi gradi di parentela in cui le nozze sono interdette.

La dottrina prevalente è concorde con noi nel ritenere che il matrimonio debba essere permesso anche là dove è proibito il divorzio. Il Fiore, fra gli scrittori che sostengono questa medesima opinione, oltre al Westlake, di cui abbiamo riportata la opinione, cita anche il Merlin ed il Demolombe, noi vi possiamo aggiungere il Fiore stesso ed il Calvo, i quali entrambi affermano che i divorziati devono essere dappertutto considerati come celibi, il Laurent ed anche il Filomusi-Guelfi, il quale è del parere che i magistrati nel dare esecuzione ad una sentenza stra-

niera debbano solo esaminare se il magistrato che l'emanò fosse stato competente (art. 941, n. 1 Codice di procedura civile).

Il Laurent (1) riporta una sentenza della Cassazione di Parigi del 25 luglio 1878, quando il divorzio non aveva ancora fatto il suo ritorno nella legislazione francese. Questa sentenza si avvicina molto all'idea del Filomusi, essa dice : « *Il est permis un second mariage si la preuve de la dissolution du premier est rapportée; que l'étranger administre cette preuve, qu'il justifie que son mariage a été dissous conformément aux lois de son pays.* »

Il Calvo poi ci fornisce un'altra prova della rettitudine imparziale della magistratura francese in questo argomento, esso consiste in una sentenza la quale è notevole per le circostanze specialissime sotto le quali si svolse il fatto.

Un certo Plaquet, cittadino belga, sposa in Francia, a Lilla, una signorina nativa di quella città, nell'anno 1873. Recatosi con la moglie nel Belgio, poco dopo intenta contro di lei avanti al Tribunale di Tournay un'azione di divorzio. Ottenuto il divorzio Plaquet rifà le valige e torna a Lilla, chiede ed ottiene la mano di un'altra signorina di quella città. Tutto era pronto per la cerimonia, gli sposi si recano solennemente al palazzo comunale, ma con generale stupore il *maire* inesorabile si rifiuta di celebrare quelle nozze. Plaquet adisce il Tribunale di Lilla, che sentenzia in suo disfavore, egli però non si dichiara vinto, e ricorre in Cassazione, la quale alfine riconosce in lui il diritto di contrarre un secondo matrimonio, essendo egli legittimamente divorziato, perchè era suddito belga ed il suo statuto personale gli permetteva il divorzio. « *On exciperait en vain* — conchiudeva la sentenza della Cassazione — *de la loi abolitive du 8 mai 1816 qui a aboli le divorce en France; rien dans son texte ne révèle la pensée de refuser l'effet d'une dissolution légale aux divorces prononcés entre étrangers par les tribunaux de leur pays.* »

(1) Laurent — *Principes du Droit civil.*

VIII.

Conclusione.

Abbiamo cercato fin qui di trattare partitamente tutte le varie questioni che nell'esame di questo punto di diritto internazionale privato possono presentarsi agli occhi dello studioso, perchè ci sembra che nessun lavoro speciale sia stato ancora pubblicato intorno a tale argomento, che pure è uno dei più interessati di questa materia.

Non abbiamo certo preteso, specialmente per le modeste proporzioni di questo scritto aver ritrovata la pietra filosofale per risolvere infallibilmente i molteplici conflitti che s'incontrano nell'applicazione delle varie legislazioni civili. L'umanità cammina, forse insensibilmente, ma cammina sempre verso un fine etico comune, attratto dall'astro fulgente della pace e della giustizia universale, ed è obbligo di ciascuno contribuire in ragione delle sue forze a facilitare il cammino dell'umanità nella via del progresso. Certo a noi sembrano generose utopie la sospirata fratellanza dei popoli nella federazione universale degli Stati, sottoposti ad un unico potere centrale e governati da una legge comune. Ma forse che qualche secolo addietro non sembravano egualmente utopie che si potessero altrimenti che con la guerra dirimere le controversie internazionali, nè era diffuso ancora il funzionamento dei tribunali arbitrali, nè l'istituto della

mediazione e di altri mezzi pacifici per risolvere con mutua soddisfazione le divergenze insorte tra due Stati?

Gli sforzi dei giuristi, dei filosofi e degli uomini politici odierni si riassumono per ora nello studio dei mezzi per allontanare le cause delle ostilità guerresche, a temperare e lenire gli orrori delle guerre, e tentare qualche saggio di codificazione del diritto delle genti. Quindi nella seconda metà di questo secolo assistemmo al sorgere dei grandi istituti umanitari internazionali come le diverse Leghe ed Associazioni per la Pace, e l'Associazione della Croce Rossa; vedemmo i nuovi missionari della civiltà e del giure internazionale riunirsi in congressi ed in conferenze e affatigarsi a fondare riviste e a portare nelle assemblee legislative d'Europa e d'America il voto per la uniforme applicazione del diritto internazionale; vedemmo sorgere l'Istituto di Diritto internazionale fondato a Gand dal Rolin-Jaequemyns, e l'Associazione per la riforma e codificazione del diritto delle genti. Ed infine vedemmo un italiano, il Mancini, sostenere nella seconda sessione dell'Istituto tenuta a Ginevra la necessità di adottare, per ora almeno mediante uno o più trattati, alcune norme principali per la risoluzione dei conflitti di diritto privato. Anzi nell'anno prima nella Camera dei Deputati italiana proponeva un ordine del giorno, votato all'unanimità, in cui s'invitava il Governo a promuovere nelle relazioni internazionali l'istituzione ed il funzionamento degli arbitrati, e di convocare conferenze all'uopo di rendere obbligatoria l'applicazione uniforme di alcuni principî di diritto internazionale privato. E alla voce del Mancini che risuonava a Roma, preceduta da quella del Richard a Londra nella Camera dei Comuni, fecero subito eco dall'Aja, da Stocolma e da Washington quella del Van Eck, del Jonasson e del Sumner nelle assemblee elettive olandese, svedese e americana.

« L'Italia, risorta ad indipendenza ed a unità di nazione per la virtù ed il senno dei suoi figli, e per la fede ed il valore

leale del suo Principe, l'Italia debitrice della propria esistenza ai nuovi principî del Diritto delle Genti, più d'ogni altra per debito di amore e riconoscenza è chiamata a consacrare i suoi più operosi sforzi al loro definitivo trionfo (1). »

E da Roma donde nei tempi andati partiva il grido di guerra e di esterminio con cui l'orgoglio dei dominatori del mondo accompagnava le legioni avviate alla conquista di nuove terre, parta oggi di nuovo il pacifico invito di cui circa trenta anni addietro il Mancini si rese messaggiero presso i governi d'Europa.

Se allora la spedizione di Mentana e la sanguinosa guerra tra la Francia e la Prussia, impedirono che la nostra iniziativa avesse avuto alcun pratico risultato, oggi che l'Europa è tutta unita, ed unita fino al punto di osteggiare concordemente le aspirazioni di un popolo forte e generoso che in questo momento lotta eroicamente contro un barbaro per raggiungere la sua unità ed indipendenza, oggi si rinnovi l'invito. E qui in Roma sul suolo classico del diritto e sulla storica rocca del Campidoglio, si riuniscano i rappresentanti delle nazioni civili, stabiliscano le regole di diritto internazionale, sia pubblico che privato, le quali racchiuse in un protocollo, a differenza di quelli sottoscritti all'Aja, abbiano per le Nazioni aderenti, forza, valore ed obbligatorietà di trattato.

(1) Mancini, *Vocazione del nostro secolo per la riforma e codificazione del Diritto delle Genti.*